

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. JEAN MISCHO

présentées le 18 octobre 2001 <sup>1</sup>

Introduction

1. Le Verwaltungsgerichtshof (Autriche) nous a saisis de questions préjudicielles à travers lesquelles il nous interroge, d'une part, sur la possibilité d'appliquer une convention bilatérale entre la république d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne, relative aux prestations de chômage servies aux ressortissants de ces deux États, plutôt que les dispositions pertinentes du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1248/92 du Conseil, du 30 avril 1992 <sup>2</sup> et, d'autre part, sur l'interprétation des articles 39 CE et 42 CE.

che dès l'adhésion de cette dernière à l'Espace économique européen, le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Il contient les dispositions suivantes:

«Article 6

Dans le cadre du champ d'application personnel et du champ d'application matériel du présent règlement, celui-ci se substitue, sous réserve des dispositions des articles 7, 8 et 46, paragraphe 4, à toute convention de sécurité sociale liant:

I — Cadre juridique

A — Règlement n° 1408/71

a) soit exclusivement deux ou plusieurs États membres;

2. Le règlement n° 1408/71 est entré en vigueur à l'égard de la république d'Autri-

1 — Langue originale: le français.

2 — JO L 136, p. 7.

[...]

## Article 67

2 est subordonnée à la condition que l'intéressé ait accompli en dernier lieu:

*Totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi*

— dans le cas du paragraphe 1, des périodes d'assurance,

— dans le cas du paragraphe 2, des périodes d'emploi,

selon les dispositions de la législation au titre de laquelle les prestations sont demandées.

4. Lorsque la durée d'octroi des prestations dépend de la durée des périodes d'assurances ou d'emploi, les dispositions du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 sont applicables, selon le cas.

[...]

## Article 71

3. Sauf dans les cas visés à l'article 71 paragraphe 1 alinéa a) ii) et b) ii), l'application des dispositions des paragraphes 1 et

1. Le chômeur qui, au cours de son dernier emploi, résidait sur le territoire d'un État

membre autre que l'État compétent bénéficie des prestations selon les dispositions suivantes:

(loi nationale sur l'assurance chômage, ci-après l'«AIVG») prévoit que:

[...]

*«Ouverture du droit*

- ii) un travailleur autre qu'un travailleur frontalier qui est en chômage complet et qui se met à la disposition des services de l'emploi sur le territoire de l'État membre où il réside ou qui retourne sur ce territoire bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de cet État, comme s'il y avait exercé son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge. Toutefois, si ce travailleur a été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente de l'État membre à la législation duquel il a été soumis en dernier lieu, il bénéficie des prestations conformément aux dispositions de l'article 69. Le bénéfice des prestations de la législation de l'État de sa résidence est suspendu pendant la période au cours de laquelle le chômeur peut prétendre, en vertu des dispositions de l'article 69, aux prestations de la législation à laquelle il a été soumis en dernier lieu.»

1. Le droit à l'assurance chômage est ouvert pour la première fois lorsque le chômeur a exercé un emploi soumis à l'assurance chômage obligatoire sur le territoire national durant 52 semaines au total au cours des 24 mois précédant le dépôt de sa demande (période de référence).

[...]

5. Les périodes d'assurance ou d'emploi accomplies à l'étranger doivent être prises en compte aux fins de l'ouverture du droit, dans la mesure où cette question est régie par des conventions interétatiques ou des traités internationaux. Pour que ces périodes d'assurance ou d'emploi accomplies à l'étranger soient prises en considération, il n'est pas nécessaire que le chômeur ait effectué une période d'emploi minimum sur le territoire national avant de demander le bénéfice des indemnités de chômage:

*B — Droit national — Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977*

3. Pour l'application de l'article 67, paragraphes 1 et 2, du règlement précité, l'article 14 du Arbeitslosenversicherungsgesetz

1. s'il a résidé ou séjourné à titre habituel en Autriche au moins quinze ans au

total antérieurement à son dernier emploi à l'étranger ou

entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1979, et qui est toujours valable. La convention contient la disposition suivante:

2. s'il s'est établi en Autriche aux fins de regroupement familial et que son conjoint y a son domicile ou sa résidence habituelle depuis quinze ans au moins au total et que

«Article 7

Prise en compte des périodes d'emploi soumises à l'obligation de cotiser qui ont été accomplies selon la législation de l'autre État contactant:

dans les deux cas, il s'inscrit au chômage en Autriche dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle son emploi ou l'obligation d'assurance à l'étranger ont pris fin.

6. Pour déterminer l'ouverture du droit, les périodes mentionnées aux articles 4 et 5 ne sont prises qu'une seule fois en considération.»

1. Pour apprécier si la durée requise aux fins de l'ouverture du droit est atteinte et pour déterminer la durée du droit aux prestations, il est tenu compte des périodes d'emploi soumises à l'obligation de cotiser qui ont été accomplies selon la législation de l'autre État contractant pour autant que le demandeur possède la nationalité de l'État contractant dans lequel le droit est invoqué, et qu'il séjourne habituellement sur le territoire dudit État. Il en est de même lorsque le demandeur s'est établi, aux fins du regroupement familial, dans l'État contractant dans lequel le droit est invoqué, et que son conjoint, qui y réside déjà, possède la nationalité dudit État.

*C — Convention en matière de chômage conclue entre la République fédérale d'Allemagne et la république d'Autriche*

4. La république d'Autriche et la République fédérale d'Allemagne ont conclu une convention en matière de chômage, qui est

2. En ce qui concerne les autres chômeurs, les périodes d'emploi soumises à l'obligation de cotiser accomplies selon la législation de l'autre État contractant ne sont prises en considération que si, après sa dernière entrée sur le territoire de l'État contractant dans lequel il invoque le droit

aux prestations, l'intéressé y a occupé un emploi salarié pendant au moins quatre semaines sans violer les dispositions relatives à l'emploi des étrangers.»

Par conséquent, sur le fondement de ce règlement, il s'avérait impossible de totaliser des périodes d'assurance et/ou d'emploi accomplies à l'étranger. Compte tenu de cette impossibilité, la durée nécessaire pour pouvoir prétendre au versement des indemnités de chômage ne serait pas réalisée.

## II — Les faits du litige et les questions préjudicielles

5. M<sup>me</sup> Kaske, née en Allemagne, a la nationalité autrichienne depuis 1968. De 1972 au 31 décembre 1982, elle a exercé en Autriche un emploi salarié soumis à l'assurance pension, maladie, accident et chômage obligatoire. En 1983, elle s'est établie en Allemagne où elle a travaillé en tant que salariée jusqu'en avril 1995 en cotisant, notamment, à l'assurance chômage obligatoire et où elle a perçu une allocation de chômage pendant la période allant du 1<sup>er</sup> mai 1995 au 14 février 1996. Du 15 février 1996 au 31 mai 1996, M<sup>me</sup> Kaske y a occupé à nouveau un emploi soumis à l'assurance chômage. Elle est retournée ensuite en Autriche et elle a déposé le 12 juin 1996 une demande d'allocation de chômage auprès du bureau régional de l'Arbeitsmarktservice (office du travail et de l'emploi, ci-après l'«office»).

7. M<sup>me</sup> Kaske a introduit une réclamation contre la décision précitée, réclamation qui a été rejetée comme non fondée par l'administration défenderesse par décision du 28 novembre 1996 et qui fait l'objet de l'affaire au principal devant la juridiction nationale. Dans les motifs de sa décision, l'administration a estimé que l'intéressée n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 14, paragraphe 1, de l'AIVG, pris pour l'application de l'article 67 du règlement n° 1408/71, dès lors qu'elle n'avait pas été en mesure de justifier avoir accompli en Autriche, avant le dépôt de la demande, des périodes d'emploi soumises à l'assurance chômage dans les vingt-quatre mois précédant sa demande; l'administration a, d'autre part, écarté l'applicabilité de l'article 14, paragraphe 5, de l'AIVG, puisque la demanderesse n'a ni résidé en Autriche durant quinze ans avant l'acquisition des périodes d'assurance en Allemagne ni transféré sa résidence en Autriche dans le cadre du regroupement familial. Par suite, les périodes d'emploi accomplies à l'étranger ne pouvaient pas être prises en compte au titre de l'ouverture du droit.

6. L'office a rejeté la demande de l'intéressée par décision du 8 août 1996. Il a motivé sa décision sur le fait que M<sup>me</sup> Kaske n'avait pas accompli un emploi en dernier lieu en Autriche avant de faire valoir son droit aux prestations, comme le prévoit l'article 67, paragraphe 3, du règlement.

8. Eu égard à la circonstance que M<sup>me</sup> Kaske pourrait avoir droit à une allocation de chômage si ses périodes

d'emploi accomplies en Allemagne étaient retenues au titre de l'ouverture du droit à cette prestation et que, par ailleurs, elle pourrait en bénéficier si les dispositions de la convention germano-autrichienne susmentionnées lui étaient appliquées, le Verwaltungsgerichtshof a décidé de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) La 'jurisprudence Rönfeldt' de la Cour de justice est-elle applicable également dans le cas où un travailleur migrant a exercé le 'droit de libre circulation' (ou, plus précisément, l'a exercé par anticipation) avant l'entrée en vigueur du règlement (CEE) n° 1408/71, mais également avant que le traité CE ne soit valable dans son État d'origine, c'est-à-dire à un moment où il ne pouvait pas encore invoquer les articles 39 et suivants du traité CE (anciens articles 48 et suivants) dans l'État d'emploi?
- 2) En cas de réponse affirmative à la première question:

L'application de la jurisprudence Rönfeldt aux cas dans lesquels l'assurance chômage intervient signifie-t-elle qu'un travailleur migrant puisse invoquer la règle — plus avantageuse que celle du règlement n° 1408/71 — résultant d'une convention bilatérale conclue entre deux États membres de l'Union européenne (en l'occurrence, la convention germano-autrichienne relative à l'assurance chômage) pour toute la

période d'exercice du droit de libre circulation au sens des articles 39 et suivants du traité CE (anciens articles 48 et suivants), en particulier s'il s'agit de droits que l'intéressé fait valoir après son retour de l'État d'emploi dans l'État d'origine?

- 3) En cas de réponse affirmative à la deuxième question:

De tels droits doivent-ils être appréciés selon la convention plus favorable uniquement dans la mesure où ils sont fondés sur les périodes d'assurance chômage obligatoire accomplies dans l'État d'emploi avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71 (soit, en l'espèce, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994)?

- 4) En cas de réponse négative à l'une des deux premières questions ou de réponse affirmative à la troisième question:

Est-il admissible, du point de vue de l'interdiction de toute discrimination énoncée à l'article 39 CE (ancien article 48 du traité CE), lu en combinaison avec l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, qu'un État membre prévoit dans son ordre juridique une règle plus avantageuse que celle contenue dans le règlement n° 1408/71 (à

savoir la renonciation à la condition que l'intéressé ait accompli en dernier lieu des périodes d'assurance au sens de l'article 67, paragraphe 3, du règlement n° 1408/71) pour la prise en compte des périodes d'assurance accomplies dans un autre État membre, en subordonnant toutefois l'application de cette règle — sauf le cas du regroupement familial — à une condition de résidence de quinze ans sur le territoire national antérieurement à l'acquisition des périodes d'assurance dans l'autre État membre?»

## Analyse

9. Il y a lieu, à titre liminaire, de faire les observations suivantes.

10. Les interrogations de la juridiction de renvoi concernent, en substance, les conditions d'application de la jurisprudence Rönfeldt<sup>3</sup>. Rappelons que, dans cette affaire, la Cour avait jugé que, si la substitution du règlement n° 1408/71 aux dispositions des conventions de sécurité sociale intervenues entre États membres a une portée impérative, elle ne saurait cependant entraîner, pour les travailleurs ayant exercé leur droit à la libre circulation, la perte des avantages de sécurité sociale découlant de l'inapplicabilité de ces conventions. En effet, le but des articles 48, paragraphe 2, et 51 du traité CE (devenus,

après modification, articles 39 CE et 42 CE) serait alors méconnu.

11. Tant la Commission que le gouvernement autrichien développent des considérations de nature à remettre en cause la nécessité des questions posées à la Cour.

12. Ainsi, la Commission fait valoir que l'article 71, paragraphe 1, alinéa b), sous ii), du règlement n° 1408/71 est susceptible d'être applicable dans le litige au principal. Bien que la juridiction nationale n'ait pas évoqué dans les questions préjudicielles la possibilité, pour la requérante au principal, de fonder sa demande sur cette disposition, la Commission considère que celle-ci pourrait apporter une solution au litige.

13. Elle relève, à cet égard, qu'il ressort de l'affaire Bergemann<sup>4</sup> que la compétence de l'État de résidence pour verser une allocation de chômage est fondée lorsque le transfert de résidence a eu lieu peu de temps avant la survenance du chômage et pour des raisons familiales. Or, selon la Commission, ces deux conditions paraissent réunies dans la présente affaire, puisque la demanderesse est retournée en Autriche, son État de résidence, pour suivre son mari, et s'est mise à la disposition des services de l'emploi autrichiens douze jours seulement après la perte de son dernier emploi.

3 — Arrêt du 7 février 1991 (C-227/89, Rec. p. I-323).

4 — Arrêt du 22 septembre 1988 (236/87, Rec. p. 5125).

14. La seule autre partie évoquant cette question est la demanderesse au principal qui se contente, à cet égard, de mentionner que son cas n'entre pas dans le champ d'application de l'article 71, sans cependant expliquer pourquoi.

15. Il est incontestable que, si les faits de l'espèce étaient analogues à ceux de l'affaire Bergemann, précitée, M<sup>me</sup> Kaske devrait pouvoir, conformément à la solution retenue par la Cour dans ladite affaire, entrer dans le champ d'application de l'article 71, paragraphe 1, alinéa b), sous ii).

16. Il découle cependant de l'ordonnance de renvoi que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Bergemann, précitée, ce n'est qu'après la fin de la relation de travail que la demanderesse au principal a quitté l'Allemagne pour aller résider en Autriche.

17. Je ne vois pas, dès lors, comment elle pourrait être considérée comme un «chômeur qui, au cours de son dernier emploi, résidait sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent» et entrer ainsi dans le champ d'application de l'article 71, paragraphe 1, alinéa b), sous ii).

18. La Commission expose, cependant, qu'il y aurait lieu de procéder à une

application indirecte de cette disposition. Elle relève que, dans l'affaire Miethe<sup>5</sup>, la Cour a jugé qu'il appartient à la juridiction nationale de déterminer si un travailleur, relevant du champ d'application de l'article 71, paragraphe 1, sous b), qui a conservé dans l'État d'emploi de meilleures chances de réintégrer la vie professionnelle, peut choisir par la suite le pays dans lequel il bénéficiera de l'allocation de chômage.

19. En outre, la Commission souligne que, dans l'affaire Bergemann, précitée, la Cour a admis l'existence d'une faculté d'option pour les services de l'emploi soit de l'État de résidence, soit de l'État de l'emploi, en se fondant notamment sur le fait que, dans de telles circonstances, l'intéressé peut jouir dans l'État d'emploi de conditions plus favorables à la recherche d'un nouvel emploi.

20. La Commission fait, par conséquent, valoir qu'il peut également appartenir à la juridiction nationale de décider, en l'espèce, si la demanderesse trouve dans l'État de résidence actuelle les conditions les plus favorables à une réinsertion professionnelle.

21. Force est cependant de constater que la jurisprudence citée par la Commission concernait des travailleurs qui, contraire-

5 — Arrêt du 12 juin 1986 (1/85, Rec. p. 1837).

ment au cas d'espèce, avaient effectivement, au cours de leur dernier emploi, résidé dans un État membre autre que l'État d'emploi et pouvaient donc bénéficier de la faculté d'option découlant de la jurisprudence relative à l'article 71.

22. On ne saurait cependant s'appuyer sur celle-ci pour s'affranchir des termes de cette disposition, et en particulier de l'exigence que le chômeur ait, au cours de son dernier emploi, résidé dans un État membre autre que l'État compétent.

23. Il ne ressort donc pas de l'argumentation développée par la Commission que le recours à l'article 71 permette de faire l'économie de l'examen des questions posées par le Verwaltungsgerichtshof d'Autriche.

24. Le gouvernement autrichien avance, quant à lui, deux arguments dont il découlerait que la réponse aux questions posées par le Verwaltungsgerichtshof sur l'applicabilité de la jurisprudence Rönfeldt, précitée, n'a pas d'incidence sur le litige au principal.

25. En premier lieu, il conteste l'affirmation de la juridiction de renvoi selon laquelle M<sup>me</sup> Kaske pourrait avoir droit à l'allocation de chômage en Autriche si les périodes d'emploi qu'elle a accomplies en

Allemagne étaient prises en compte aux fins de l'ouverture du droit.

26. Il expose, à cet égard, que, après avoir exercé un emploi en Allemagne de 1983 à avril 1995, la demanderesse y a perçu une allocation de chômage du 1<sup>er</sup> mai 1995 au 14 février 1996, de sorte qu'elle a «utilisé» cette période d'activité pour faire valoir ses droits à l'allocation de chômage.

27. Il s'ensuivrait que le droit à une nouvelle allocation en Autriche ne pourrait être fondé que sur la période d'activité accomplie à compter du 15 février 1996. Celle-ci a pris fin le 31 mai 1996. Cette durée de quinze semaines serait largement inférieure aux cinquante-deux semaines requises en Autriche.

28. Force est cependant de rappeler que, selon une jurisprudence constante, c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient d'apprécier tant la nécessité que la pertinence des questions posées à la Cour.

29. Dès lors, le fait que l'État membre dont relève l'organisme défendeur au principal fasse des dispositions nationales applicables une analyse différente de celle de la juridiction de renvoi, avec la conséquence, implicite mais nécessaire, qu'il n'y avait pas lieu, selon lui, de poser les questions soumises à la Cour, ne saurait empêcher celle-ci d'y répondre.

30. Le gouvernement autrichien allègue, cependant, en deuxième lieu, que, M<sup>me</sup> Kaske ayant déjà bénéficié de l'application du règlement n° 1408/71, elle ne peut, de ce seul fait, plus bénéficier de la jurisprudence Rönfeldt, précitée.

31. Il rappelle, à cet égard, que la demanderesse a perçu une allocation de chômage en Allemagne alors que le droit communautaire était déjà en vigueur et conformément aux dispositions dudit règlement. Dès lors, l'application de la jurisprudence Rönfeldt, précitée, serait exclue.

32. En effet, dans le cas contraire, tous les travailleurs migrants se trouvant dans la même situation que la demanderesse pourraient à tout moment demander l'application soit du régime du règlement, soit du régime conventionnel en fonction du résultat le plus avantageux pour eux. Or, une telle comparaison des avantages, à laquelle il faudrait procéder pendant toute la carrière d'un travailleur chaque fois qu'il serait au chômage, imposerait, en outre, aux autorités compétentes des États membres des difficultés de gestion considérables, alors qu'elle ne trouve aucune base dans le règlement.

33. Le gouvernement autrichien cite à l'appui de sa thèse l'arrêt Gómez Rodríguez<sup>6</sup>. Force est cependant de constater que cette affaire n'était pas comparable au cas d'es-

pèce. En effet, la Cour y a écarté l'application de sa jurisprudence Rönfeldt, précitée, au motif que, en vertu de l'article 118, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 574/72<sup>7</sup>, il avait été procédé à une comparaison entre les avantages découlant de la convention et ceux découlant du règlement, avec pour résultat que le régime du règlement était plus favorable pour les requérants.

34. Or, cette disposition, qui ne s'applique d'ailleurs que si, contrairement au cas d'espèce, la réalisation du risque est survenue avant l'entrée en vigueur du règlement, est intitulée «Dispositions transitoires en matière de pensions et de rentes pour les travailleurs salariés». Il s'ensuit nécessairement qu'elle n'est pas applicable aux prestations de chômage.

35. En outre, je ne vois pas pourquoi le simple fait que M<sup>me</sup> Kaske a, à un moment donné, bénéficié de l'application du règlement, devrait automatiquement la priver du bénéfice de droits découlant pour elle de la convention. En effet, la jurisprudence Rönfeldt, précitée, vise au contraire à protéger ceux-ci, dès lors que le travailleur a exercé son droit à la libre circulation avant l'entrée en vigueur du règlement et pouvait donc légitimement s'attendre à ce que sa situation soit préservée et ne se dégrade pas du fait de celle-ci.

6 — Arrêt du 7 mai 1998 (C-113/96, Rec. p. I-2461).

7 — Règlement du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 (JO L 74, p. 1).

36. Le critère déterminant pour l'applicabilité de la jurisprudence Rönfeldt, précitée, est donc l'existence de droits dans le chef du travailleur, dont il bénéficierait encore sous l'empire de la convention mais dont l'application du règlement le priverait. Ce ne serait donc qu'après l'épuisement de tous les droits découlant pour le travailleur de la convention que toute possibilité de substituer celle-ci aux dispositions du règlement serait définitivement exclue.

37. Or, il ne ressort pas du dossier que nous soyons dans cette hypothèse.

38. Soulignons, enfin, que les gouvernements ayant présenté des observations dans le cadre de la présente procédure examinent au titre de la première question préjudicielle la question de l'application de la jurisprudence Rönfeldt, précitée, aux allocations de chômage.

39. Le libellé de ladite question ne vise cependant que l'application *ratione temporis* de cette jurisprudence et non son application *ratione materiae*. Dès lors, comme la Commission, j'examinerai la question de l'applicabilité de la jurisprudence Rönfeldt, précitée, à l'hypothèse du chômage dans le cadre de la deuxième question préjudicielle.

Sur la première question préjudicielle

40. La juridiction de renvoi expose que, depuis l'arrêt Thévenon<sup>8</sup>, la jurisprudence de la Cour relative à l'application des conventions bilatérales antérieures à l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71 peut être comprise comme visant à protéger la confiance légitime déduite des articles 39 CE et suivants. Le travailleur qui, se fiant à la situation juridique résultant d'une convention bilatérale, s'est rendu dans un État membre signataire de cette convention avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71 et y a exercé les droits qui lui sont conférés par les articles 39 CE et suivants ne doit pas voir cette confiance déçue par l'entrée en vigueur du règlement, dans la mesure où celui-ci subordonnerait le droit aux prestations à des conditions plus strictes ou conduirait en pratique à des prestations moindres que la convention.

41. Il se pose donc, selon la juridiction de renvoi, la question de savoir si cette jurisprudence est également applicable au cas dans lequel une personne a quitté, avant l'entrée en vigueur du traité, et donc de ses articles 39 CE et suivants, son pays d'origine pour se rendre dans un autre État membre.

42. Le Verwaltungsgerichtshof note cependant que tel était le cas dans l'arrêt Grajera

<sup>8</sup> — Arrêt du 9 novembre 1995 (C-475/93, Rec. p. I-3813).

Rodríguez<sup>9</sup> et que cela n'a pas empêché la Cour d'appliquer sa jurisprudence Rönfeldt, précitée.

43. Remarquons, à cet égard, que cet arrêt illustre une jurisprudence constante de la Cour puisque, dans d'autres affaires où le travailleur avait quitté son État d'origine, avant que le traité y entre en vigueur, pour se rendre dans un État membre, la Cour a également appliqué la jurisprudence Rönfeldt, précitée<sup>10</sup>.

44. La jurisprudence de la Cour ne permet donc pas de déduire que l'application de celle-ci supposerait l'entrée en vigueur du traité dans l'État d'origine du travailleur en cause.

45. Je partage l'analyse de la Commission selon laquelle ceci s'explique par le fait que ladite jurisprudence ne s'appuie pas essentiellement sur la base juridique de l'exercice d'un «droit de libre circulation», mais surtout sur la nécessité, liée à la protection de la confiance légitime, d'éviter que des droits et avantages existants ne soient retirés au travailleur du fait de l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71.

9 — Arrêt du 17 décembre 1998 (C-153/97, Rec. p. I-8645).

10 — Voir arrêts du 9 octobre 1997, Naranjo Arjona e.a. (C-31/96 à C-33/96, Rec. p. I-5501); Gómez Rodríguez et Grajera Rodríguez, précités.

46. Cette analyse est confirmée par le récent arrêt Thelen<sup>11</sup>, dans lequel la Cour a souligné qu'il découlait de sa jurisprudence que la substitution du règlement à la convention ne saurait priver le travailleur des droits et avantages résultant pour lui de la convention. Elle a ajouté, au point 22 du même arrêt, que le travailleur pouvait légitimement s'attendre à conserver un droit découlant pour lui de la convention.

47. Je propose, dès lors, comme la Commission, de donner la réponse suivante à la première question:

«La jurisprudence de la Cour relative au maintien de la validité des conventions sur la sécurité sociale auxquelles le règlement n° 1408/71 s'est substitué est également applicable dans le cas où un travailleur migrant a exercé le 'droit de libre circulation' (ou, plus précisément, l'a exercé par anticipation) avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71, mais également avant que le traité CE ne prenne effet dans son État d'origine, c'est-à-dire au moment où il ne pouvait pas encore invoquer les articles 39 CE et suivants dans l'État d'emploi.»

48. Les questions suivantes étant posées en cas de réponse affirmative à la première question, il y a lieu de les examiner.

11 — Arrêt du 9 novembre 2000 (C-75/99, Rec. p. I-9399).

Sur les deuxième et troisième questions préjudicielles

réalisation du risque doivent être prises en considération.

49. Tant la deuxième que la troisième question concernent le même problème, à savoir celui des conséquences à tirer, en l'espèce, de l'applicabilité aux prestations de chômage de la jurisprudence Rönfeldt, précitée. Il n'est, dès lors, guère surprenant que ces questions aient été examinées ensemble par ceux des intervenants qui ont pris partie à ce sujet, ce que nous nous proposons de faire également.

53. En particulier, le gouvernement autrichien considère que, si l'intéressée a bénéficié d'une prestation de chômage, la période d'activité accomplie jusque-là et toutes les autres périodes pertinentes sont utilisées et un nouveau droit à des prestations de chômage ne peut être acquis que par une nouvelle période d'emploi d'une durée suffisante.

50. Pour ce faire, il convient d'examiner préalablement la question de l'applicabilité *ratione materiae* aux prestations de chômage.

54. Il ajoute que le droit aux prestations de chômage n'est ouvert que dans le dernier pays d'emploi, même lorsque le salarié cherche un emploi dans un autre État.

51. Dans ce contexte, les gouvernements autrichien et espagnol font valoir que, en raison de la nature même des prestations en cause, on ne saurait appliquer, en l'espèce, la jurisprudence Rönfeldt, précitée.

55. Enfin, le gouvernement autrichien estime que la convention germano-autrichienne ne s'applique que pour les périodes antérieures à l'entrée en vigueur du règlement jusqu'à la survenance de la première période de chômage.

52. Le gouvernement autrichien rappelle que celle-ci a été développée dans un contexte de droits à pension, qui présentent des différences sensibles par rapport aux prestations d'assurance chômage. Il souligne que, pour l'assurance pension, les périodes d'assurance, une fois accomplies, restent acquises jusqu'au départ à la retraite alors que, pour l'assurance chômage, seules les périodes précédant immédiatement la

56. Le gouvernement espagnol souligne, pour sa part, que, à la différence des prestations de retraite et d'invalidité, auxquelles on peut avoir droit quel que soit le pays dans lequel s'est produit le fait générateur, le règlement applicable en l'espèce subordonne le droit à l'allocation de chômage à la condition que la dernière période d'assurance ou d'emploi ait été accomplie

dans le pays dans lequel la prestation est demandée.

et de la demanderesse au principal, qui ont fait valoir que rien ne s'opposait à l'application de la jurisprudence Rönfeldt, précitée, aux prestations de chômage.

57. Il explique cette différence par la nature même des prestations de chômage. À cet égard, il relève que le droit à celles-ci n'est pas un droit achevé ou complet, comme c'est le cas de la retraite ou de l'invalidité. En revanche, le droit aux prestations est un droit potentiel, en cours de formation, qui se transforme immédiatement et sans transition en véritable droit si l'on perd son emploi et si les conditions auxquelles la prestation est subordonnée sont réunies. À cet égard, le gouvernement espagnol conclut que la jurisprudence Rönfeldt, précitée, n'est pas applicable à des droits à prestations en formation qui, par nature, ne sont jamais parfaits, comme c'est le cas pour les prestations de chômage.

60. Quant aux conséquences de celle-ci pour le cas d'espèce, deux points de vue s'opposent.

61. Comme nous l'avons vu, le gouvernement autrichien est d'avis que la convention bilatérale ne s'applique que pour les périodes antérieures à l'entrée en vigueur du règlement jusqu'à la survenance de la première période de chômage.

58. Force est toutefois d'observer que, dans son arrêt Thelen, précité, la Cour a jugé que la substitution du règlement à la convention ne saurait priver le travailleur des droits et avantages résultant pour lui de celle-ci, même lorsqu'est en cause un régime d'assurance chômage, qui présente des caractéristiques particulières en ce qui concerne la durée d'affiliation, et non, comme dans sa jurisprudence antérieure, un régime de retraite ou d'invalidité<sup>12</sup>.

62. En revanche, tant la Commission que le gouvernement du Portugal et la partie demanderesse au principal estiment qu'une telle restriction serait contraire à la jurisprudence de la Cour.

63. Je partage cette analyse.

59. Je partage, dès lors, le point de vue de la Commission, du gouvernement portugais

64. En effet, ainsi qu'il a déjà été souligné, la raison d'être de la jurisprudence de la Cour est d'empêcher que le travailleur qui a exercé son droit à la libre circulation avant

<sup>12</sup> — Arrêt Thelen, précité, points 18 à 20.

l'entrée en vigueur du règlement soit privé, du fait de celle-ci, d'avantages qu'il pouvait légitimement escompter obtenir, parce qu'ils découlaient de la convention applicable au moment où il a migré.

droits découlant de la convention. Dans une telle situation, seul le règlement n° 1408/71 aurait vocation à régir la situation du travailleur en cause.

65. Il y a lieu de rappeler, à cet égard, les termes de l'arrêt Rönfeldt, précité, où la Cour a jugé que le traité serait méconnu «si, par suite de l'exercice de leur droit de libre circulation, les travailleurs devaient perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure, en tout état de cause, la seule législation d'un État membre»<sup>13</sup>, y compris des avantages résultant des dispositions de conventions bilatérales intégrées au droit national.

68. Le même raisonnement est valable pour la troisième question préjudicielle.

66. Or, il est incontestable que, si l'on devait considérer que seule la période d'exercice du droit antérieure à l'entrée en vigueur du règlement serait à apprécier sur la base de la convention, par hypothèse plus favorable, on aboutirait exactement à la conséquence rejetée par la Cour, à savoir la perte d'avantages découlant de la convention, et ce concernant la période d'exercice du droit postérieure à l'entrée en vigueur du règlement.

69. En effet, considérer que les droits du travailleur ne devraient être appréciés, selon les termes plus favorables de la convention bilatérale, que dans la mesure où ils sont fondés sur les périodes d'assurance chômage obligatoire accomplies dans l'État d'emploi avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71 reviendrait également à faire perdre au travailleur des avantages découlant de la convention et est, de ce fait, exclu par la jurisprudence Rönfeldt, précitée.

70. Au vu des considérations qui précèdent, il est proposé de répondre de la façon suivante à la deuxième et à la troisième question préjudicielle:

67. Il n'en irait autrement que dans le cas, très différent, d'un nouvel exercice du droit à la libre circulation, après épuisement des

«Les dispositions découlant d'une convention conclue entre deux États membres, plus favorables que le régime résultant de l'application du règlement n° 1408/71, sont applicables pour la totalité de la période d'exercice du droit de libre circulation au sens des articles 39 CE et suivants, même

13 — Point 26.

s'il s'agit notamment de droits que l'intéressé fait valoir après son retour de l'État d'emploi dans l'État d'origine. Les droits qui sont fondés sur des périodes d'assurance acquises postérieurement à l'entrée en vigueur du règlement doivent également être appréciés selon la convention bilatérale plus favorable.»

Quant à la quatrième question préjudicielle

71. Rappelons que la juridiction de renvoi ne pose cette question qu'en cas de réponse négative à l'une des deux premières questions ou de réponse affirmative à la troisième question.

72. Compte tenu des réponses proposées auxdites questions, il n'y a donc pas lieu de répondre à cette question.

73. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire que je formulerai les observations suivantes.

74. La règle en cause permet à un travailleur qui, après avoir exercé son droit à la libre circulation, revient résider en Autriche, de bénéficier des prestations de chômage même s'il n'a pas, comme l'exige l'article 67, paragraphe 3, du règlement

n° 1408/71, travaillé dans l'État dans lequel il demande à bénéficier des prestations chômage.

75. Elle permet donc à ce travailleur de bénéficier d'un traitement plus favorable que celui prévu par le règlement, mais subordonne cet avantage à deux conditions: une résidence de quinze ans en Autriche avant le dernier emploi à l'étranger ou l'existence d'un regroupement familial.

76. Selon le gouvernement autrichien, cette disposition est conforme au droit communautaire puisqu'elle ne fait pas obstacle à la libre circulation et ne s'applique pas uniquement aux ressortissants autrichiens. Il ajoute qu'elle permet une réinsertion sur le marché du travail plus aisée de ces chômeurs en Autriche.

77. Il est incontestable que rien n'empêche un État membre d'adopter une réglementation plus favorable que celle prévue par le règlement n° 1408/71.

78. Toutefois, l'avantage dont il s'agit est subordonné à une condition de résidence de quinze ans ou à l'existence d'un regroupement familial.

79. Or, comme le font remarquer tant la Commission que la juridiction de renvoi, l'exigence de résidence est plus facile à remplir pour des ressortissants autrichiens que pour ceux des autres États membres et constitue donc une discrimination indirecte. Aucune raison objective n'a été avancée pour justifier ladite exigence.

80. Les remarques qui précèdent n'ayant été formulées qu'à titre subsidiaire, il est proposé de répondre à la quatrième question préjudicielle dans les termes suivants:

«Il n'y a pas lieu de répondre à la question.»

## Conclusions

81. Pour les raisons qui précèdent, il est proposé de répondre comme suit aux questions du Verwaltungsgerichtshof:

Première question:

«La jurisprudence de la Cour relative au maintien de la validité des conventions sur la sécurité sociale auxquelles le règlement n° 1408/71 s'est substitué est également applicable dans le cas où un travailleur migrant a exercé le 'droit de libre circulation' (ou, plus précisément, l'a exercé par anticipation) avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1408/71, mais également avant que le traité CE ne prenne effet dans son État d'origine, c'est-à-dire au moment où il ne pouvait pas encore invoquer les articles 39 CE et suivants dans l'État d'emploi.»

Deuxième et troisième questions:

«Les dispositions découlant d'une convention conclue entre deux États membres, plus favorables que le régime résultant de l'application du règlement n° 1408/71, sont applicables en l'espèce pour la totalité de la période d'exercice du droit de libre circulation au sens des articles 39 CE et suivants même s'il s'agit notamment de droits que l'intéressé fait valoir après son retour de l'État d'emploi dans l'État d'origine. Les droits qui sont fondés sur des périodes d'assurance acquises postérieurement à l'entrée en vigueur du règlement doivent également être appréciés selon la convention bilatérale plus favorable.»

Quatrième question:

«Il n'y a pas lieu de répondre à la quatrième question.»